

La LAPG régit les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité. Les personnes qui effectuent un service civil ou militaire et les femmes en congé maternité sont en effet indemnisés pour leur perte de revenu durant ces périodes. Il existe toutefois des différences d'indemnisation, en particulier s'agissant des indépendants. En sus de l'indemnité de base, les personnes qui effectuent un service civil ou militaire – en général des hommes – touchent une allocation d'exploitation pour les aider à couvrir les frais de fonctionnement de leur activité indépendante (art. 8 al. 1 LAPG). En revanche, **la LAPG ne prévoit aucune allocation d'exploitation pour les femmes indépendantes en congé maternité.**

En l'espèce, une avocate indépendante, mère d'une petite fille, a demandé une allocation d'exploitation à la Caisse de compensation du canton de Zurich, qui la lui a refusée. Dans son recours adressé au TF, cette justiciable a notamment invoqué une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 3 Cst. ainsi qu'une violation de l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 14 CEDH.

Rejetant le recours, le TF a confirmé que **l'art. 16e al. 2 LAPG ne donne pas droit à une allocation d'exploitation en cas de maternité.** Cela correspond à l'intention claire du législateur, qui souhaitait éviter des coûts supplémentaires. S'en écarter dépasserait le cadre d'une interprétation conforme à la Constitution. Il n'y a pas de violation de l'interdiction de discrimination (art. 14 CEDH, en lien avec l'art. 8 CEDH), dans la mesure où les états de fait ne sont pas comparables : l'assurance-maternité est liée à la maternité biologique et non à la parentalité sociale et à la tâche de soins qui y est associée. Elle assure un « risque » qui ne peut être réalisé spécifiquement que chez les femmes. La discrimination sexuelle est donc hors de question. Par ailleurs, **les tribunaux ne peuvent pas se prononcer sur la compatibilité de la réglementation litigieuse avec l'art. 8 al. 3 Cst., en raison de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 190 Cst.). Il appartient au législateur de régler cette question.**

**Remarque :** Deux motions ont été déposées l'automne dernier à ce sujet à l'attention du Conseil fédéral (n° 19.4110 et n° 19.4270). Celui-ci est chargé de créer la base légale permettant aux indépendantes de bénéficier d'une allocation d'exploitation en cas de maternité. Cela permettra de mettre fin à une inégalité de traitement injustifiée. En effet, les indépendantes en congé-maternité doivent supporter des coûts fixes (p. ex. : loyer des locaux commerciaux, dépenses courantes) au même titre que les indépendants effectuant un service civil ou militaire.

**Auteur :** *Alexandre Lehmann, avocat à Lausanne*

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2019 (EO.2018.00003).

### Sachverhalt:

#### A.

A. ist als selbständige Rechtsanwältin der Ausgleichskasse des Kantons Zürich (fortan: Ausgleichskasse) angeschlossen. Im Februar 2018 wurde sie Mutter einer Tochter und meldete sich im Juni 2018 zum Bezug einer Mutterschaftsentschädigung sowie einer Betriebszulage von Fr. 67.- pro Tag an. Die Ausgleichskasse richtete erstere in Höhe des Maximalbetrags von Fr. 19'208.- (Fr. 196.- x 98) abzüglich AHV/IV/EO-Beiträgen aus. Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 verneinte sie einen Anspruch auf Betriebszulagen. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 12. September 2018 fest.

**B.**

Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 23. September 2019 ab.

**C.**

A. führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, es sei der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. September 2019 aufzuheben und die zuständige Behörde anzuweisen, ihrem Antrag auf Ausrichtung einer Betriebszulage im Rahmen der Mutterschaftsentschädigung stattzugeben. Eventualiter sei festzustellen, dass deren Nichtausrichtung Art. 8 Abs. 3 BV verletze.

**Erwägungen:**

**1.**

Strittig ist, ob das kantonale Gericht einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Betriebszulage bei Mutterschaft zu Recht verneint hat. Es handelt sich um eine frei überprüfbare Rechtsfrage.

**2.**

**2.1.** Das kantonale Gericht erwog, ein Anspruch auf Betriebszulagen zur Mutterschaftsentschädigung lasse sich weder dem Wortlaut von Art. 16e Abs. 2 EOG entnehmen, der die Bemessung der Mutterschaftsentschädigung regle, noch demjenigen von Art. 8 Abs. 1 EOG. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch nicht aus der Gesetzssystematik. Aus den Materialien erhelle - was im Übrigen unbestritten sei - der legislatorische Wille, bewusst auf Betriebszulagen für Mütter zu verzichten, was mit den andernfalls anfallenden Mehrkosten begründet worden sei. Mithin liege ein qualifiziertes gesetzgeberisches Schweigen vor. Bei dieser Sachlage bestehe kein Platz für Analogie und richterliche Lückenfüllung. Angesichts Art. 190 BV sei eine Überprüfung des EOG auf seine Verfassungskonformität ausgeschlossen. Nicht ersichtlich sei, inwieweit eine Verletzung der EMRK vorliegen solle. Art. 14 EMRK enthalte kein allgemeines Gleichheitsgebot, sondern verbiete eine Diskriminierung nur hinsichtlich der in den übrigen substanziellen Vorschriften der Konvention und der Zusatzprotokolle enthaltenen Rechte und Freiheiten. Eine solche sei nicht ersichtlich, insbesondere nicht bezüglich des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK). Schliesslich könne die Versicherte auch aus dem UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, SR 0.108) für die vorliegende Streitsache nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**2.2.**

**2.2.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die vorinstanzliche Rechtsauffassung verletze das in Art. 8 Abs. 2 und 3 Satz 3 BV verankerte Rechtsgleichheitsgebot, was das kantonale Gericht in Verletzung der Verfahrens- und Rechtsweggarantien nach Art. 29 und 29a BV nicht geprüft habe. Das EOG verfolge den einheitlichen Zweck des angemessenen Lohnersatzes bei Militärdienst und Mutterschaft, wobei bei beiden ein Anspruch auf eine Grundentschädigung von 80 % des Einkommens bestehe. Eine Betriebszulage werde hingegen aus rein finanziellen Gründen nur den Dienstleistenden gewährt, obwohl die Problematik der weiterlaufenden Betriebskosten auch für selbständig berufstätige Mütter bestehe. Darin sei eine Ungleichbehandlung mit direkter Auswirkung auf den Lohn bzw. Lohnersatz von Mann und Frau zu erblicken, die offensichtlich auf unsachlichen Gründen beruhe

und unzulässig sei. Diese sei besonders stossend, da der Erwerbssatz von Frauen und Männern gleichermaßen finanziert und damit zwangsweise von arbeitstätigen Frauen (selbständigen und unselbständigen) finanziell mitgetragen werde. Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie sich mit dieser Ungleichbehandlung nicht auseinandergesetzt und keine verfassungskonforme und zeitgemässe Auslegung vorgenommen habe, obwohl das EOG hierfür Raum lasse. Das Ziel eines Lohnersatzes in Höhe von 80 % für Wehrdienstleistende und Mütter während ihres Ausfalls im Beruf werde bei der Nichtgewährung einer Betriebszulage für selbständige Mütter vereitelt. Erst deren Ausrichtung führe dazu, dass auch Selbständige bei ihrer Abwesenheit in den Genuss eines effektiven Erwerbssatzes kämen. Entsprechend werde kein neuer oder zusätzlicher sozialversicherungsrechtlicher Anspruch geltend gemacht, sondern lediglich ein diskriminierungsfreier Zugang zum bereits bestehenden Anspruch für Mütter. Es sei unverständlich, weshalb die Vorinstanz einzig mit historischer und systematischer Auslegung argumentiere, unter Ausblendung der teleologischen sowie objektiv-zeitgemässen, zumal bei mehreren möglichen Auslegungen die verfassungskonforme zu wählen sei und Art. 190 BV der verfassungskonformen Auslegung eines Bundesgesetzes nicht entgegen stehe.

**2.2.2.** Entgegen der Vorinstanz liege auch eine Verletzung der EMRK vor. Das akzessorische Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK könne immer dann angerufen werden, wenn der umstrittene Sachverhalt in den Schutzbereich einer konventionsrechtlichen Garantie falle; deren Verletzung sei nicht erforderlich. Aus Art. 8 EMRK lasse sich zwar keine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Erbringung bestimmter Sozialversicherungsleistungen ableiten. Würden solche angeboten, seien sie aber diskriminierungsfrei und in mit Art. 8 EMRK konformer Weise auszugestalten. Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK verbiete nach der Rechtsprechung des EGMR bei sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen auch indirekte Geschlechterdiskriminierungen, wie etwa aus dem Urteil des EGMR Di Trizio gegen die Schweiz vom 2. Februar 2016 [7186/09] hervorgehe. In casu liege eine Sozialversicherung vor, die mit dem exakt gleichen Ziel (80 % Lohnersatz bei Ausfall für Wehrdienst oder Mutterschaft) klar im Resultat Frauen benachteilige. Die Ungleichbehandlung aus finanziellen Gründen sei unter Art. 14 EMRK nicht zulässig und die Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK durch die staatlich vorgesehene (Ersatz-) Lohndiskriminierung vom Bundesgericht unter Art. 190 BV zu beheben, sofern eine völkerrechts- und verfassungskonforme Auslegung des EOG ausgeschlossen sei. Dies gelte umso mehr, als die strittige Ungleichbehandlung beim Lohnersatz auch mit Art. 11 i.V.m. Art. 13 CEDAW nicht vereinbar sei. Indem sie die geltend gemachte Diskriminierung gar nicht prüfte, habe die Vorinstanz zudem gegen die Art. 6 und 13 EMRK verstossen.

**2.2.3.** Zur Begründung ihres Eventualantrags (Sachverhalt lit. C.) weist die Versicherte darauf hin, Art. 190 BV enthalte kein Prüfungsverbot, sondern lediglich ein Anwendungsgebot, wobei die Lehre gar von einem Prüfungsgebot ausgehe.

### **3.**

**3.1.** Dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 16e Abs. 2 EOG lässt sich kein Anspruch auf Betriebszulagen zur Mutterschaftsentschädigung entnehmen, wie sowohl das kantonale Gericht zutreffend erwogen hat als auch die Beschwerdeführerin anerkennt. Unbestritten entsprach es dem Willen des Gesetzgebers, im Rahmen der Mutterschaftsentschädigung keinen solchen zu eröffnen (Erwägung 4.3 des angefochtenen Entscheids mit Verweis auf den ausdrücklichen Verzicht im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002

[BBl 2002 7522, 7547], was in den Räten diskussionslos übernommen wurde [AB 2001 N 1614 ff., 2002 N 1925 ff. und 2003 N 1337 ff. sowie AB 2003 S 529 ff. und 834 ff.]).

**3.2.** Von diesem klar dokumentierten gesetzgeberischen Willen abzuweichen, würde den Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt (oben E. 2.2.1), sprengen (vgl. BGE 140 I 305 E. 6.2 S. 311 und E. 7.4 S. 314; BGE 141 II 338 E. 3.1 S. 340).

#### **4.**

**4.1.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK, E. 2.2.2 hiervor).

Im Vordergrund steht dabei, ob und inwieweit - als eine von mehreren Anwendungsvoraussetzungen von Art. 14 EMRK - mit Blick auf die Ausübung der geltend gemachten Rechtsposition überhaupt vergleichbare Verhältnisse vorliegen, die eine unterschiedliche Behandlung erfahren (Urteile des EGMR Di Trizio gegen die Schweiz, a.a.O., Ziff. 80; Markin gegen Russland vom 22. März 2012 [30078/06], Ziff. 125; MEYER-LADEWIG/LEHNER, in: EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, N. 6 und 9 zu Art. 14 EMRK).

#### **4.2.**

**4.2.1.** Das EOG regelt zwar sowohl den Entschädigungsanspruch für Dienstleistende (Art. 1a ff. EOG) als auch denjenigen bei Mutterschaft (Art. 16b ff. EOG). Die Regelung im selben Gesetz führt für sich allein indes nicht zur Annahme vergleichbarer Sachverhalte und darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die jeweiligen Ansprüche an grundsätzlich verschiedenen versicherten Lebenssachverhalten anknüpfen (Dienst - primär Militärdienst - im Sinne des EOG einerseits und Mutterschaft andererseits), von denen nur die Mutterschaft dem Schutzbereich von Art. 8 EMRK unterfällt. Die fundamentale Verschiedenheit kommt bereits in den separaten Kompetenznormen der Bundesverfassung zum Ausdruck (Art. 59 Abs. 4 bzw. Art. 116 Abs. 3 BV), die dem Gesetzgeber überdies unterschiedliche Vorgaben machen. So wird dieser gemäss Verfassung nur bei Militär- und Ersatzdienst zum Erlass von Vorschriften über den "angemessenen Ersatz des Erwerbsausfalls" ("juste compensation pour la perte de revenu" / "adeguata compensazione della perdita di guadagno") angehalten, während er im Falle der Mutterschaft eine "Mutterschaftsversicherung" ("assurance-maternité" / "assicurazione per la maternità") einzurichten hat, deren genaue Ausgestaltung nicht näher präzisiert wird. Soweit in der Lehre die Vergleichbarkeit der beiden Sachverhalte ohne nähere Begründung bereits aufgrund der Regelung im selben Erlass vorausgesetzt wird, kann ihr nicht gefolgt werden (EDGAR IMHOF, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, 2006, Rz. 164; STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité, 2015, S. 1173; ANNEKATRIN WORTHA, Schutz und Förderung der Familie, 2016, Rz. 619; bloss die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter aufwerfend SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Recht der Sozialen Sicherheit, 2017, Rz. 32.65 i.f.; OLIVIER SUBILIA, La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité, AJP 2005 S. 1469 ff., S. 1474).

**4.2.2.** Ein "einheitlicher Zweck" der Erwerbsersatzregelungen bei Dienst und bei Mutterschaft lässt sich auch nicht den Materialien zur Parlamentarischen Initiative "Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter" entnehmen, die der Einführung der Mutterschaftsversicherung zugrunde lag. Aus ihnen erhellt vielmehr, dass die Regelung der

Mutterschaftsentschädigung primär aus zwei Gründen im Rahmen des bestehenden EOG erfolgte: Einerseits mit Blick darauf, dass die EO zum Zeitpunkt der Einführung Überschüsse erwirtschaftete und sich die notwendige Zusatzfinanzierung deshalb in Grenzen (Lohnpromille statt Lohnprozente) hielt; andererseits aufgrund des Wunsches, die Versicherung effizient und mit geringem Administrationsaufwand über bereits bestehende Strukturen vornehmen zu können (vgl. etwa Votum des Initianten Triponez, AB 2001 N 1615).

**4.3.** Ausschlaggebend ist letztlich die Anknüpfung der schweizerischen Mutterschaftsversicherung an die biologische Mutterschaft (Niederkunft mit anschliessender Erholungs- und Stillzeit), statt an die soziale Elternschaft und die damit verbundene Betreuungsaufgabe. Sie unterscheidet sich damit etwa von einer Elternzeit (zit. BGE 140 I 305 E. 8.1 S. 314 und E. 10 S. 317 ff. mit Hinweisen; vgl. auch STÉPHANIE PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, AJP 2017 S. 657 ff., S. 661; zur unterschiedlichen Zielsetzung von Mutterschafts- und Elternurlaub weiter zit. Urteil des EGMR Markin gegen Russland Ziff. 132). Angesichts der Versicherung eines "Risikos", das sich nur geschlechtsspezifisch bei Frauen verwirklichen kann, fällt eine Geschlechterdiskriminierung grundsätzlich ausser Betracht (vgl. implizit zit. Urteil des EGMR Markin gegen Russland, a.a.O.; ausserdem [allerdings bezugnehmend auf Art. 8 Abs. 3 BV] BGE 144 V 184 E. 5.2 S. 193). Dies bedeutet einerseits, dass Männer rechtlich durch eine solche Regelung keine Diskriminierung erfahren, obwohl sie vom Genuss der Versicherungsleistungen ausgeschlossen bleiben, da sich bei ihnen kein vergleichbarer Sachverhalt verwirklichen kann (vgl. zit. BGE 140 I 305 E. 10 S. 317 ff.; ausserdem STÉPHANIE PERRENOUD, Le congé de maternité, AJP 2014 S. 1652 ff., 1658 i.f. und Nachweise in Fn. 53). Andererseits bedeutet es aber auch, dass die begünstigten Frauen mit Blick auf eine allenfalls von anderen Sozialversicherungen abweichende Ausgestaltung der Entschädigung keine rechtliche Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts geltend machen können.

**4.4.** Sind keine vergleichbaren Sachverhalte gegeben, gelangt Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK von vornherein nicht zur Anwendung und kann - aus rechtlicher Sicht - in der geringeren Absicherung selbständig erwerbender Mütter für ihren Erwerbsausfall zufolge Mutterschaft im Vergleich zu den selbständig erwerbenden Dienst leistenden Männern und Frauen keine verpönte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegen. Gleichzeitig kann keine Rede davon sein, die Vorinstanz habe die prozessualen Rechte (Verfahrens- und Rechtsweggarantie, vgl. oben E. 2.2.2) der Beschwerdeführerin beschnitten, indem sie auf eine extensive grundrechtliche Überprüfung der Art. 16b ff. EOG verzichtet hat.

Angesichts des Ergebnisses besteht auch keine Veranlassung zur Überprüfung der getroffenen Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 3 BV: Ein Anspruch auf Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen besteht nicht. Ob dazu Veranlassung besteht, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab (BGE 140 I 353 E. 4.1 S. 358 f.; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25, Urteil 9C\_659/2019 vom 15. November 2019 E. 4.2; vgl. ausserdem YVO HANGARTNER/MARTIN LOOSER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 190 BV und GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N.13 zu Art. 190 BV). Auf das dahingehende Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ist mit Verweis auf das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen (Art. 190 BV) nicht weiter einzugehen.

**4.5.** Anzufügen bleibt, dass die Beschlussfassung über Regelungen kollektiver Absicherung, ebenso wie deren Ausgestaltung, Sache des Gesetzgebers ist (so bereits Urteil 2P.296/1992 vom 11. Februar 1994

E. 4b, publiziert in ZBl 1995 S. 375 ff., mit Verweis auf BGE 116 Ib 270 E. 7a S. 282 f.; ausserdem zit. BGE 144 V 184 E. 5.2 i.f. S. 194 f.). Es ist nicht Sache des Bundesgerichts, sich zur politischen Opportunität einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Ersatzordnungen zu äussern, und es existiert kein genereller Grundsatz, demzufolge der Staat seine Bürgerinnen und Bürger vor sämtlichen Unwägbarkeiten des Lebens gleichermaßen abzusichern hätte (zit. BGE 144 V 184, a.a.O.). Hinzuweisen ist immerhin darauf, dass das Parlament im Dezember 2019 zwei am 24. bzw. 26. September 2019 eingereichte Motionen mit den gleichlautenden Titeln "Betriebszulage bei Mutterschaftsentschädigung von Selbständigerwerbenden" angenommen hat. Damit wird der Bundesrat beauftragt, die gesetzlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass Selbständigerwerbende im Falle einer Mutterschaft Anspruch auf Betriebszulagen analog Art. 8 EOG erhalten (Motion Nr. 19.4110 von Nationalrätin Marti; Motion Nr. 19.4270 von Ständerätin Maury Pasquier, übernommen von Ständerätin Baume-Schneider).

#### **5.**

Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 11 i.V.m. Art. 13 CEDAW rügt, legt sie nicht dar, inwiefern aus dieser Konvention - sofern diese überhaupt unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthält, was offen bleiben kann - ein Recht fliessen sollte, bei Mutterschaft die gleichen Sozialversicherungsleistungen wie bei Dienst zu erhalten. Damit genügt sie dem qualifizierten Begründungserfordernis des Art. 106 Abs. 2 BGG nicht (etwa BGE 143 I 1 E. 1.4 S. 5). Weiterungen erübrigen sich.

#### **6.**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **7.**

Die Versicherte beantragt gestützt auf Art. 65 Abs. 4 BGG bzw. Art. 66 Abs. 1 BGG, es sei auf eine Kostenaufgabe zu verzichten und ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen, da es sich in diesem Verfahren um grundsätzliche Fragen des Diskriminierungsrechts handle, wobei das kantonale Gericht die geltend gemachte Verletzung von Art. 8 Abs. 3 BV nicht geprüft habe, so dass der Gang an das Bundesgericht zwecks materieller Behandlung der gerügten Grundrechtsverletzung notwendig gewesen sei. Damit dringt sie nicht durch (vgl. oben E. 4.4). Als unterliegende Partei hat sie die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG); eine Parteientschädigung steht ihr nicht zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

#### **3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.